

Compte-rendu de : Jan Hallebeek and Harry Dondorp (eds), *The Right to Specific Performance. The Historical Development*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2010, 188 pages (ISBN 978-94-000-0033-99).

Le créancier a-t-il droit à l'exécution en nature ou doit-il se contenter des dommages et intérêts ? La question a bien évidemment déjà fait l'objet de nombreuses études. Ce fut également le cas, lors du 10^{ème} congrès de l'école de recherche « *Ius Commune* » à Edinbourg, en décembre 2005. A cette occasion, les orateurs s'étaient limités à l'étude du droit positif sur la question¹. Lors du 11^{ème} congrès de la même école de recherche à Utrecht, un an plus tard, une session complète est consacrée à l'aspect historique de la question. Ce sont les conférences prononcées dans ce cadre, qui constituent l'essentiel de l'ouvrage dont nous faisons ici le compte-rendu.

Bien que les sept articles qui composent le livre soient repris dans leur ordre chronologique, ils n'abordent pas la question de l'exécution des obligations de la même manière. Alors que certains articles tentent de présenter un panorama complet de la question dans un système juridique à une époque donnée, d'autres s'arrêtent à un exposé ciblé sur un élément spécifique, comme une institution juridique, un juriste ou un événement historique ayant eu une influence particulière. Chronologiquement, les exposés partent de l'époque de la Rome antique et se poursuivent jusqu'au récent code civil néerlandais. Parfois les exposés se concentrent sur le droit matériel (Le créancier a-t-il droit à l'exécution en nature), parfois ils traitent particulièrement de la procédure (le créancier peut-il réclamer l'exécution en nature en justice ?), d'autres fois encore, ils abordent le droit de l'exécution forcée (Le créancier peut-il faire exécuter un jugement lui accordant l'exécution en nature ?). D'un point de vue géographique, les exposés les plus anciens qui concernent le droit romain de l'Antiquité, la science juridique médiévale et la scholastique moderne visent le continent européen tout entier, alors que les exposés plus récents visent avant tout les Pays-Bas, en abordant le droit romano-hollandais, le code de procédure civile néerlandais et le code civil des Pays-Bas de 1992. L'ouvrage ne fournit dès lors évidemment pas un panorama complet sur la question. L'ouvrage apparaît davantage comme une sélection d'études concernant le sujet de l'exécution forcée en nature² dont voici le détail :

Le premier exposé (de Laurens Winkel) concerne l'époque romaine. L'auteur montre qu'à l'époque classique du droit romain, la procédure formulaire ne permettait qu'une condamnation pécuniaire. Il admet que pendant les périodes de crise économique – et particulièrement sous le règne de Dioclétien, alors que la *cognitio extraordinaria* a largement pris le pas sur la procédure formulaire – une condamnation en nature ait pu être appliquée. Mais Winkel pense qu'à l'époque de Justinien, la règle devait – comme à l'époque classique – être que seule une condamnation pécuniaire pouvait être envisagée.

Le deuxième exposé (de Harry Dondorp) porte sur l'adage « *Nemo precise ad factum cogi posse* » tel qu'il est compris par la doctrine juridique du Moyen Age. Antoine Favre

¹ Ces conférences ont été publiées dans l'ouvrage : J. Smits, G. Heslen and D. Haas (Eds.), *Specific performance in Contract Law : National and other Perspectives*, Intersentia, Antwerp, 2008.

² Ce fait est d'ailleurs conscient dans le chef des éditeurs (v. l'introduction de Jan Hallebeek, à la page 2 de l'ouvrage).

justifie le bien-fondé de cet adage par le fait que l'on ne pourrait forcer quelqu'un à faire quelque chose sans recourir à la force physique. L'auteur constate cependant que la justification reprise par le grand juriste savoyard n'est pas neuve, puisqu'elle est déjà présente dans les écrits de Dinus de Mugello (1253-1298). Si l'adage lui-même semble bien remonter à la France du XVI^{ème} siècle, la question à laquelle il répond est discutée depuis bien plus longtemps. Dondorp retrace dès lors longuement le fil de cette dispute chez les canonistes et les glossateurs du XIII^{ème}, avant de parler plus brièvement de la position des commentateurs. Il constate que même si le Digeste (Ulp. D.6.1.68) semble indiquer que l'on pouvait physiquement forcer quelqu'un à exécuter une obligation, les glossateurs ont – dans un premier temps – réservé cette solution au cas de l'obligation de restituer un objet. Elle ne semble avoir été admise de manière plus générale dans le *ius commune* qu'à partir du XIII^{ème} siècle. L'auteur note d'ailleurs que la question ne se limite pas aux droits des contrats. Pendant les XV^{ème} et XVI^{ème} siècles, la position de Bartole devient quasiment l'unique référence en la matière. D'après celle-ci, il faut faire une distinction entre les actes prescrits par la loi ou un testament d'une part et les obligations contractuelles d'autre part. En matière contractuelle, le juge ne pouvait accorder que l'*id quod interest*, c'est-à-dire des dommages-intérêts.

Le troisième exposé (de Jan Hallebeek) étudie notre question dans la doctrine espagnole du XVI^{ème} siècle, dont on sait l'influence qu'elle a eue sur les écoles de droit naturel qui fleuriront par la suite dans le nord de l'Europe. Cette doctrine espagnole s'est concentrée sur la question de l'*obligatio faciendi*, à propos de laquelle elle convenait majoritairement que le débiteur pouvait se décharger de son obligation en proposant de payer des dommages-intérêts à la place. L'auteur développe les différentes positions soutenues par la doctrine espagnole de l'époque, de même que la doctrine de droit canonique et de droit castillan. Hallebeek conclut en constatant que la doctrine espagnole qu'il a étudiée n'est pas particulièrement innovante, mais se contente, pour l'essentiel, de fournir un bon panorama du *ius commune* sur la question de l'exécution forcée en nature. Enfin, l'auteur décèle malgré tout une influence de Luis de Molina (1535-1600) dans l'*Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerheid* de Grotius.

Le quatrième exposé (de Jan Hallebeek et Theodor Merkel) est consacré à la manière dont Simon van Groenewegen van der Made (1613-1652), figure marquante du droit romano-hollandais, analysait l'exécution forcée de l'*obligatio faciendi*. Ce juriste est particulièrement intéressant en raison du fait qu'il fait abondamment référence à la pratique judiciaire sur la question. C'est ainsi que nous apprenons qu'il arrivait à la justice d'obliger des fiancés à se marier. On aurait pourtant pu penser que le sujet des fiançailles était plutôt périphérique par rapport à la question de l'exécution forcée. Il semble bien que ce soit Groenewegen lui-même qui ait enrichi la discussion sur l'exécution forcée en nature par une réflexion sur le cas de la rupture de fiançailles.

Le cinquième exposé (de Janwillem Oosterhuis) analyse l'impact de l'industrialisation dans les territoires allemands sur la question de l'exécution forcée en nature. L'auteur y analyse en particulier le *ius commune* allemand et les différentes codifications qui ont émaillé l'Allemagne de l'époque (le Code prussien ou ALR, le code Napoléon, le code de commerce ou AHGB, le code de procédure civile ou CPO/ZPO et le Code civil allemand ou BGB). Les changements sociaux consécutifs à l'industrialisation ont fait disparaître le caractère sacrosaint du droit à l'exécution en nature. C'est particulièrement flagrant à propos du droit des fiançailles qui est désormais considéré comme une institution laïque

et non plus une institution religieuse. L'éveil des droits de l'homme a également mis en exergue le fait que l'intégrité personnelle de chaque individu était incompatible avec les jugements imposant une exécution forcée en nature.

Le sixième exposé (de Harry Dondorp et Hylkje de Jong) est consacré aux mesures coercitives utilisées en droit néerlandais (1838-1933) pour obliger le débiteur à s'exécuter en nature. Le Code néerlandais de procédure civile de 1838 prévoyait seulement deux mesures coercitives : L'emprisonnement civil pour certaines dettes faisant l'objet d'une énumération limitative et l'expulsion du locataire après l'expiration de son bail. D'autres mesures coercitives n'étaient cependant pas exclues et il a été admis que la défense de certains droits absolus pouvait impliquer un recours aux forces de police. Les auteurs abordent la question successivement dans le domaine du droit de la propriété et du droit des obligations. La révision du Code de procédure civile en 1933 a virtuellement fait disparaître l'emprisonnement pour dettes. En revanche, l'exécution forcée en nature est renforcée à partir de ce moment-là, par l'organisation légale de l'astreinte.

Le septième et dernier exposé (de Daniel Haas) s'interroge sur l'existence d'un fondement pour l'exécution forcée en nature dans le Code civil néerlandais, entré en vigueur – pour une grande part – en 1992. Contrairement à d'autres codes européens, ce code ne contient pas de disposition expresse accordant la possibilité de demander l'exécution forcée en nature. L'auteur compare alors les différentes codifications contemporaines sur la question, et en particulier le §241 du BGB et l'article 1134 du Code civil français en tant que fondements de l'exécution forcée en nature. L'absence de disposition prévoyant l'exécution forcée en nature dans le code néerlandais s'explique par un choix du législateur, qui considérait qu'il s'agissait là d'un droit découlant du contrat lui-même. L'auteur conclut cependant que cela crée une lacune dans le code qu'il conviendrait de combler.

En conclusion, on peut dire que la lecture du recueil édité par Jan Hallebeek et Harry Dondorp est particulièrement enrichissante. Elle permet de comprendre beaucoup mieux la problématique de l'exécution forcée en nature. Le fait que ce recueil de textes ne s'apparente pas à une monographie abordant la question de manière systématique ne nuit pas vraiment à l'ensemble. Si l'ouvrage ne prétend pas donner de réponse universelle à la question, il aborde néanmoins toutes les questions dogmatiques sous-tendues par la problématique de l'exécution forcée en nature. Il s'agit dès lors d'un outil particulièrement précieux pour le comparatiste – voire le civiliste – qui s'apprête à étudier ce sujet.

Jean-François Gerkens
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Liège